Die rechtliche Natur des Eintritts in den Reichsdienst.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Georg Schöffler

Referendar in Leipzig.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Geschichtlicher Überblick 1

I. Begriffliches über Staatsdienst und Staatsamt.

§ 2. Der Staatsdienst 7
§ 3. Der Reichsdienst 10
§ 4. Das Wesen des Amtes 11
§ 5. Der Staats- bezw. Reichsdienst im engeren Sinne 16
§ 6. Staatsdienst ist
a) ein rein öffentlichrechtliches Verhältnis 19
b) einerseits ein Gewalt-, andererseits ein Forderungsverhältnis 22
§ 7. Der Inhalt des Staatsdienstverhältnisses 24

II. Die Begründungsformen des Staatsdienstverhältnisses.

§ 8. Die äußere Form der Begründung 37
§ 9. Die Begründung durch Verfügung 39
§ 10. Die Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag im Sinne Labands u a. 43
§ 11. Vertrag und Verfügung im positiven Recht 48
§ 12. Ergibt sich aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses ein Vertrag? 52
§ 13. Die rechtliche Natur der Verleihung eines Reichsamtes . . 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0100

Literaturverzeichnis.

Bluntschli, Allgemeine Staatslehre. Stuttgart 1875.

Bornhak, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte. Berlin 1903. (zit.: Rechtsgeschichte.)

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Berlin 1888—1890. (zit.: Staatsrecht.)

Gaupp, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 1884.

Grober, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1869.

Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. Landshut 1808.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1905.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1. Tübingen u. Leipzig 1901.

Laband im Archiv für öffentliches Recht. 1903. (zit.: Arch.)

Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1896. (zit.: VerwR.)

O. Mayer im Archiv für öffentliches Recht. 1887. S. 1 ff. (zit.: Arch.)

G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Leipzig 1905. (zit.: Staatsrecht.)

G. Meyer in den Annalen des Deutschen Reichs. 1876. S. 656 ff. (zit.: Annalen.)

Motive zum Reichsbeamtengesetz. 1872.

Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902.

Rehm in den Annalen des Deutschen Reichs. 1884. S. 565 ff. (zit.: I.) 1885. S. 65 ff. (zit.: II.)

Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reichs. 2. Aufl. (zit.: Staatsrecht.)

Rönne-Zorn, Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 1. Leipzig 1899.

Sarwey, Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 1883.

Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Freiburg i. Br. (zit.: Staatslehre.)

Seydel, Bayerisches Staatsrecht. Bd. 3. Freiburg i. Br. 1887. (zit.: Staatsrecht.)

Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. Gießen 1845.

Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1881.

Stein, Verwaltungslehre. Teil 1. Stuttgart 1869.

Tezner in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. 1894. S. 108 ff.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. Leipzig 1885.

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Berlin u. Leipzig 1880.

Die übrige Literatur ist im Text zitiert.

Geschichtlicher Überblick.

§ 1.

Den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Dienstverhältnisses der deutschen Reichsbeamten, auf die sich unsere Darstellung beschränken soll, haben wir in dem Dienstverhältnisse derjenigen Personen zu suchen, die in einer ähnlichen rechtlichen Beziehung im alten Deutschen Reiche standen. Bis zum 13. Jahrhundert wurde das Amt lediglich durch Lehnsleute und Ministeriale verwaltet, d. h. die Dienste wurden gegen leihweise Hingabe von Grund und Boden durch den König an Freie und Unfreie geleistet. Als Staatsdiener dürften die so Belehnten nach unseren heutigen Begriffen nicht bezeichnet werden. Die ersten Anfänge des Reichsbeamtentums finden wir erst in dem Reichstagsabschied von Mainz im Jahre 1235, der die Einrichtung des Amtes eines ständigen Hofrichters brachte, mit der Aufgabe, an Stelle des Kaisers die Gerichtsbarkeit zu üben. Er ist nicht Lehnsmann, denn sein Verhältnis zum Kaiser wird nicht durch Huldigung und Leihe begründet, sondern vielmehr durch schriftliche Bestallung nach Leistung des Richtereides,[1]) und ebenso-

[1]) Franklin, Das Reichshofgericht im Mittelalter 1869 Bd. 1 S. 112 ff.

wenig ist er Ministeriale, die Konstitution schreibt ausdrücklich vor, daß er homo liberae conditionis sein solle. Die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 beseitigen noch den letzten Rest von mittelalterlich-lehnsrechtlichen Vorstellungen[2]) und weisen den Beamten dieses neugeschaffenen Gerichtshofes eine Stellung zu, die der keines bisherigen Reichsbeamten gleicht.

Mit dem Aufkommen der Territorien, deren Fürsten im Jahre 1232 in dem statutum in favorem principum zum ersten Male die eigene Landeshoheit zuerkannt wurde, ging die weitere Entwicklung des landesherrlichen Beamtentums Hand in Hand. Zuerst kam für die domini terrae die Bannleihe in Wegfall, wodurch der Lehnsverband mit der königlichen Gewalt gelockert wurde. Sowie die Landesherren dem Könige gegenüber freie Hand hatten, suchten sie ihre Macht auch im eigenen Territorium zu festigen, und dies erreichten sie durch Aufhebung des Leihezwangs. Aus ihrer Hand empfing der Beamte das Amt von nun an nicht mehr als Lehen, sondern als willkürlich übertragenes und darum allzeit widerrufliches Amt. Dieses Dienstverhältnis war durchaus zivilrechtlicher Natur,[3]) durch Dienstvertrag begründet, dementsprechend weisen auch die Amtsnamen, wie Landesdiener, Hofbedienstete, darauf hin.

Mit der allmählich eintretenden Vermehrung der Staatsdiener nahm auch deren Rechtsverhältnis zum

[2]) Rehm I S. 570.

[3]) Bornhak, Rechtsgeschichte S. 52, 53.

Landesherrn festere Gestalt an, und zwar im Gegensatz zu den Beamten des Reichskammergerichts erfolgt diese Regelung nicht auf gesetzlichem, sondern gewohnheitsrechtlichem Wege. In den Bestallungen jener Zeit findet sie ihren Ausdruck, danach muß das Staatsdienstverhältnis als privatrechtliches Vertragsverhältnis betrachtet werden;[4]) dem Fürsten stand es jederzeit frei, das Dienstverhältnis zu lösen. Dieses Recht wurde aber mit der Zeit immer mehr bestritten, und da es bei diesem Streite an gesetzlichen Anhaltspunkten fehlte, setzte an diesem Punkte die Wissenschaft ein, um durch Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze eine richtige Auslegung zu finden. Bei diesem Streben fanden die Gelehrten auch zum ersten Male Gelegenheit und Anlaß, die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen Landesherrn und Staatsdiener zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchung zu machen. Da diese in die Zeit der Rezeption des römischen Rechts fiel, so lag die Versuchung nahe, auch dieses bis dahin unbekannte Gebilde des Staatsrechts einem der althergebrachten römischen Rechtsinstitute anzupassen.

In der Tat begann ein lebhafter Streit, ob dieses Dienstverhältnis ein mandatum,[5]) ein precarium,[6]) eine locatio conductio operarum[7]) oder ein privilegium[8]) sei.

---

[4]) Rehm I S. 575.

[5]) Leyser, Meditationes ad pandectas, specimen LXII zu lib. 4 tit. V de capite minutis 1717.

[6]) Myler, Hyparchologie 1678 Kap. 4 § 21; Böhmer, Jus ecclesiasticum Protestantium V tit. 37 § 67 ff. S. 692.

[7]) Kreß, Dissertatio de jure officiorum et officialium cap. IV.

Als man keinen Ausweg mehr fand, verfiel man darauf, es als ein contractus innominatus[9]) zu betrachten. Keine dieser römisch-privatrechtlichen Theorien konnte sich dauernd behaupten. Noch einmal fanden sie einen bedeutenden Vertreter in Meisterlin,[10]) aber dieser zeigte bereits neue Wege. Ihm gebührt das Verdienst, als erster auf den Unterschied zwischen Amtsführung und Dienstverhältnis hingewiesen und den Staatszweck des letzteren besonders betont zu haben. Schon vor ihm hatten Seuffert[11]) und von der Becke[12]) die öffentlichrechtliche Natur des Staatsdienstverhältnisses in den Vordergrund gerückt, bis dann Gönner[13]) mit dem Satze „Staatsdienste gehören zum öffentlichen Recht und müssen nach der Natur des Staates aus sich selbst ohne Ein-

---

§ 26 S. 33ff. 1732; Wolff, Jus naturali de imperio publico seu jure civitatis § 899 1748; Neumann, Meditationes iuris principum privati liber III S. 206ff., Frankfurt 1751.

[8]) Malacord, Dissertatio de officiis . . . 1788; vgl. Rehm S. 609ff.

[9]) Westphal, Deutsches Staatsrecht 1784, Abhandl. 18 § 4.

[10]) Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen entwickelt, Cassel 1838, S. 40–48.

[11]) Seuffert, Vom Verhältnis des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstand § 3 S. 9, § 5 S. 10ff., Würzburg 1793.

[12]) v. d. Becke, Von Staatsämtern und Staatsdienern, Heilbronn 1797, § 9 S. 33.

[13]) Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808.

mischung privatrechtlicher Normen beurteilt werden" (S. 143) völlig mit den althergebrachten Anschauungen brach. Er ging noch weiter und behauptete, die Willenserklärung des Regenten „als Auftrag, nicht als Versprechen, vollendet das ganze Geschäft der Übertragung eines Staatsamtes nach seinen rechtlichen Bestandteilen" (S. 85). Er ist somit der Schöpfer der Theorie vom einseitigen Staatsakt, die heute noch als die herrschende gilt.

Die Gönnersche Theorie fand zahlreiche Vertreter, wie Dahlmann,[14]) Heffter[15]) und Perthes.[16]) Sie folgern sämtlich aus der rein staatsrechtlichen Natur des Staatsdienstes, daß der Vertragsbegriff ausgeschlossen sei. Gegenwärtig erblickt die Mehrzahl der Schriftsteller in den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Staatsdiener, wie wir noch sehen werden, ein mehr oder weniger zivilrechtliches Element des Staatsdienstes, sie betont daher mehr dessen gemischtrechtliches Wesen, z. B. Zachariä, Bluntschli, Stein, Dernburg, Rönne, Zorn, Gierke und G. Meyer.

In neuester Zeit hat eine andere Theorie gerade unter den bedeutendsten Lehrern des Staatsrechts zahlreiche Verteidiger gefunden, die in dem Begründungsakte des Staatsdienstverhältnisses einen rein öffentlichrechtlichen

---

[14]) Dahlmann, Die Politik, Leipzig 1847, S. 271.

[15]) Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, Berlin 1829, S. 126, 127.

[16]) Perthes, Der Staatsdienst in Preußen, Hamburg 1838, S. 46 ff.

Vertrag sehen, z. B. Seydel,[17]) Löning,[18]) Gaupp,[19]) Gareis[20]) und besonders Laband.[21])

So stehen sich heute die Lehre vom einseitigen Staatsakt und die vom öffentlichrechtlichen Vertrag gegenüber.

Die Vorzüge und Schwächen dieser beiden Theorien zu untersuchen, haben wir uns zur Aufgabe gestellt.

---

[17]) Staatslehre S. 59 ff.

[18]) S. 119 ff.

[19]) S. 88.

[20]) S. 164/65.

[21]) S. 410 ff.

I. Begriffliches über Staatsdienst und Staatsamt.

§ 2.

Der Staatsdienst.

Es ist notwendig, vor allem festzustellen, was unter dem Staatsdienst zu verstehen ist. Gehen wir zunächst von dem Worte selbst aus. Das Kompositum Staatsdienst setzt sich zusammen aus den Einzelbegriffen „Staat" und „Dienst".

1. „Der Staat ist das handlungsfähige Gemeinwesen, zu welchem ein Volk unter einer obersten Gewalt, der Staatsgewalt, zusammengefaßt ist."[1]) Die Person, deren Wille diese oberste Gewalt verkörpert, nennen wir den Herrscher. Sein Wille ist der Staatswille, der auf Erreichung der Staatszwecke gerichtet und durch die Rücksicht auf das Staatswohl geleitet ist.

Dieser Wille muß sich zwecks Erfüllung der Staatsaufgaben in die entsprechenden Handlungen umsetzen.

Diese Aufgaben sind aber viel zu mannigfaltig und weitverzweigt, als daß der Herrscher sie allein ohne Hilfe anderer Personen ausführen könnte. Zu dieser physischen

[1]) O. Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 1.

Schranke kommt noch eine legislatorische.[2]) Die Verfassung moderner Staaten macht dem Herrscher zur Pflicht, die Erfüllung von gewissen Staatsaufgaben anderen Personen zu übertragen. Der Wille des Herrschers ist auf die Gesamtinteressen gerichtet im Gegensatz zum individuellen Willen des Menschen. Ein solches Gesamtinteresse ist die Sicherung der Rechtspflege gegen Äußerungen des subjektiven Willens des Herrschers.[3]) Deshalb soll der Herrscher die Rechtspflege nicht selbst ausüben, sondern in seinem Namen Personen, die von seinem subjektiven Willen möglichst unabhängig sind und nur den objektiven Willen des Gesetzes durchzusetzen haben. Dieser Grundsatz kommt z. B. im Gerichtsverfassungsgesetz § 1 bei Statuierung der Unabhängigkeit richterlicher Beamter zum Ausdruck. So ist der Herrscher als oberste Staatsgewalt aus natürlichen und rechtlichen Gründen genötigt, zur Erfüllung der Staatsaufgaben andere Personen in Anspruch zu nehmen. Er nimmt sie in seinen „Dienst". Damit kommen wir zum zweiten Teile des Kompositums „Staatsdienst".

2. Die deutsche Sprache gebraucht das Wort „Dienst", entweder um eine Tätigkeit oder einen Zustand zu bezeichnen.

Im ersteren Falle bedeutet „dienen" Leisten von Diensten, im zweiten ein Dienstverhältnis, immer aber

[2]) Rehm II S. 79.

[3]) Rehm II S. 79, 80.

bezeichnet es eine Beziehung zwischen zwei Personen, von denen die eine befiehlt, die andere gehorcht, die Beziehung zwischen Herrn und Diener. In unserem Falle ist, wie wir gesehen haben, der Herrscher als Oberhaupt des Staates der Herr in diesem Unterordnungsverhältnis, im Staatsdienst. Wir müssen also einmal unter Staatsdienst jede einzelne dem Staate gezollte Dienstleistung, zum anderen Male das mit dem Staate eingegangene Dienstverhältnis verstehen und kommen zu dem Schluß, daß jeder, der dem Staate Dienste leistet, gleichgültig welcher Art, Staatsdiener ist, daß jede Arbeit für den Staat, welche ein Untertan leistet, Staatsdienst ist. Es kann nicht geleugnet werden, daß der Soldat, der seiner militärischen Dienstpflicht genügt, daß der Schöffe, der Geschworene, selbst der Vormund in dieser Hinsicht Staatsdiener sind. Und doch wird es im alltäglichen Verkehrsleben befremdend erscheinen, z. B. den Soldaten unter den Begriff des Staatsdieners zu bringen. Vom streng staatsrechtlichen Standpunkte aus müssen wir aber auch hier von Staatsdienst sprechen. Jedoch schon der gewöhnliche Sprachgebrauch bezeichnet nicht jeden Dienst, der dem Staate geleistet wird, als Staatsdienst. Staatsdienst im Sinne von Staatsdienst*leistung* ist ein viel weiterer Begriff als im Sinne von Staatsdienst*verhältnis*. Es liegt auf der Hand, daß Gesetzgebung und Wissenschaft gleichmäßige Rechtsgrundsätze des Dienstrechts im erheblicheren Umfange nur für die *dauernden* Dienstverhältnisse entwickele. Wir werden demgemäß im weiteren Verlauf

unserer Arbeit, wenn von Staatsdienst die Rede ist, darunter nur ein besonders geartetes Dienstverhältnis zwischen dem Herrscher und dem Staatsdiener verstehen, den Staatsdienst im engeren Sinne. Die Eigentümlichkeiten dieses Rechtsinstituts zu untersuchen, soll die Aufgabe des weiteren Teils unserer Arbeit sein.

§ 3.

Der Reichsdienst.

Auf Grund des Erreichten tun wir einen weiteren Schritt zur Frage, wie der Staatsdienst im dogmatischen Sinne sich darstellt im positiven Reichsrecht.

Die Ansicht Rönnes,[1]) nach der das Reich eine Monarchie ist, können wir nicht teilen. Ebensowenig können wir der Lehre Seydels[2]) und Rehms[3]) beipflichten, die im Reiche keinen Staat, sondern einen Staatenbund sieht, d. h. „eine staatsrechtliche Sozietät von Staaten, deren Zweck die gemeinsame Ausübung einzelner Hoheitsrechte ist". Wir werden uns vielmehr der von Laband vertretenen, herrschenden Meinung anschließen, die dem Reiche seiner staatsrechtlichen Natur nach den Charakter eines Bundesstaates beilegt, welche im Reich den souveränen Staat, in jedem Bundesstaat einen

[1]) Rönne, Staatsrecht S. 37.

[2]) Seydel, Komm. z. Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich 1873 S. 9.

[3]) Rehm II S. 66.

„autonomen" Staat sieht.[4]) Demgemäß halten wir den Reichsdienst nach positivem Rechte nicht für eine eigentümliche species des genus „Staatsdienst der deutschen Einzelstaaten", sondern für eine vom einzelstaatlichen Dienst wenn auch nicht verschiedene, so doch nebengeordnete Art der Gattung „Staatsdienst überhaupt".[5]) Beim Staatsdienst ist der einzelne Staat, beim Reichsdienst ist das Reich der Dienstherr. In dieser Verschiedenheit liegt das unterscheidende Moment.

§ 4.

Das Wesen des Amtes.

Nachdem wir den allgemeinen Begriff des Staatsdienstes festzulegen versucht haben, müssen wir uns über den Begriff des Staatsamtes klar werden, ehe wir den technischen Begriff des Staatsdienstes feststellen, wie er uns in der Rechtswissenschaft und besonders im Reichsbeamtengesetz entgegentritt. Wir werden zwar sehen, daß der Staatsdienst seinem Wesen nach den Begriff des Amtes nicht zur Voraussetzung hat, allein wir würden auf Schwierigkeiten bei der Prüfung der technischen Begriffe des Staatsdienstes stoßen, wenn wir noch im unklaren wären über den Begriff des Staatsamtes.

Über ihn besteht weder in der Literatur Übereinstimmung, noch gewährt der Sprachgebrauch Sicherheit.

---

[4]) Laband S. 85 ff.

[5]) And. M. Rehm II S. 69 ff.

Einmal versteht man unter „Amt" das öffentliche Organ, dem ein bestimmter Kreis von öffentlichen Funktionen zugewiesen ist, als solches, als dauernde, vom Wechsel ihrer physischen Inhaber unabhängige Institution. Es ist dann gewissermaßen die ideelle Verkörperung eines bestimmten Zweiges der Staatstätigkeit.[1]) O. Mayer nennt es „eine Stelle, die berufen ist mitzuwirken an der öffentlichen Gewalt".[2]) In diesem Sinne sprechen wir vom „Kaiserlichen Generalpostamt, Königlichen Zollamt". Kommt dieser Stelle eine besondere Art von Befehls-, obrigkeitlicher Gewalt zu, so heißt sie „Behörde" im Gegensatz zu dem fiskalischen, wissenschaftlichen oder technischen Amt, z. B. dem Gesundheitsamt der Stadt Leipzig, dem ein obrigkeitlicher Charakter fehlt.

Allein der bisher gefundene Begriff des Amtes ist für uns nicht verwertbar, wir müssen anders definieren und gehen dabei von dem gleichen Ausgangspunkte aus wie bei unserer Betrachtung über den Begriff des Staatsdienstes im weiteren Sinne.

Das Staatsoberhaupt muß dauernd die Arbeitskraft anderer zur Befriedigung der Bedürfnisse des Staates in Anspruch nehmen. Es verschafft sich ihren Beistand, indem es andere Personen beauftragt, für sich obrigkeitliche

---

[1]) Laband S. 339: es ist „das ideelle Subjekt derjenigen Rechte und Pflichten, welche mit der Führung der zu einem Amte geeinigten Geschäfte verknüpft sind".

[2]) O. Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 96.

Funktionen zu übernehmen. Löning[3]) sieht das Wesen des Amtes in dieser auf persönlichem Auftrag des Staatsoberhauptes beruhenden Verpflichtung, bestimmte staatliche Funktionen zu vollziehen; in dieser Ansicht wird er durch die Etymologie des Wortes „Amt", das Dienstpflicht bedeutet, unterstützt. Allein seine Definition ist eine dem heutigen Sprachgebrauch ungewohnte Bevorzugung des subjektiven Elementes gegenüber dem objektiven. Uns ist das Wort „Amt" der Inbegriff bestimmter Geschäfte, die durch den Auftrag übertragen werden, um so mehr, als meistens — wir werden sehen, nicht immer — dieser Kreis von Geschäften von vornherein in seinem Umfange genau bestimmt ist. Denn der Inhalt und Umfang der Dienste, die dem einzelnen zugewiesen werden können, ist derart mannigfaltig, die innerhalb des Staatswesens vollzogene Verteilung der Arbeitszweige ist so verwickelt, auch an die Voraussetzung von besonderen Fähigkeiten und Kenntnissen gebunden, daß schon aus diesen Gründen eine besondere Zuweisung eines bestimmt begrenzten Kreises von Geschäften an den einzelnen notwendig wird. Deshalb kommt auch Laband zu der Definition des Staatsamtes als eines durch das öffentliche Recht begrenzten Kreises von öffentlichen Geschäften.[4])

Auch O. Mayer versteht unter „Amt" einen Kreis von Staatsgeschäften, bestreitet aber im Gegensatz zu

[3]) Löning, VerwR. S. 29.

[4]) Laband S. 338.

Laband das Erfordernis der Abgrenzung durch das öffentliche Recht und nennt Ämter vorübergehender und ständiger Art, die tatsächlich der Begrenzung durch öffentlichrechtliche oder überhaupt durch irgendwelche Rechtssätze ermangeln.[5]) Dafür setzt er als essentiale die Koexistenz des öffentlichen Amtes und der öffentlichen Dienstpflicht, und unter dieser Dienstpflicht versteht er wiederum „die öffentlichrechtliche Pflicht eines Untertanen, mit persönlicher Hingabe dem Staat eine bestimmte Art von Tätigkeit zu leisten". Er behauptet demnach: „Kein öffentliches Amt ohne öffentliche Dienstpflicht". Folglich haben alle diejenigen, die der Staat durch zivilrechtlichen Dienstvertrag gedungen hat, um öffentliche Geschäfte durch sie besorgen zu lassen, z. B. Bahnbauten auszuführen, kein öffentliches Amt. Löning dagegen ist der Ansicht, daß auch Personen, die im privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Staate oder bloß zu Privatpersonen stehen, Beamte sein können.[6]) O. Mayer leugnet nur, daß eine Person durch ein privatrechtliches Dienstverhältnis zum Staate zum Beamten würde, wohl aber kann derjenige nach seiner Ansicht öffentlicher Beamter sein, der in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis mit einer andern physischen oder juristischen Person steht als mit dem Staate. Dies ist scheinbar schwer in Einklang zu bringen mit seinen soeben gewonnenen Begriffen des öffentlichen Amtes und

[5]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 199 b.

[6]) Löning, VerwR. S. 115.

der öffentlichen Dienstpflicht. Allein nach seiner Ansicht besteht in diesem Falle neben dem zivilrechtlichen Dienstverhältnis noch ein öffentlichrechtliches, derart, daß der Beamte zum Privatunternehmer im zivilrechtlichen, zum Staate zugleich im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis steht. Demnach gibt es nach O. Mayer trotz des scheinbaren Widerspruchs öffentliche Beamte, welche ihr Amt mit zivilrechtlicher Dienstpflicht und auf Grund zivilrechtlichen Dienstvertrags ausüben.[7] Diese Ansicht wird durch den Sprachgebrauch und die Judikatur unterstützt. Letztere wendet den § 359 StGB. auf die von O. Mayer aufgeführten Personen an.

Wir machen die Definition O. Mayers zur unseren und haben als Ergebnis unserer Erörterungen festzuhalten: „Amt ist ein Kreis von Staatsgeschäften, welche mit öffentlicher Dienstpflicht besorgt werden".[8] Derjenige, der ein solches Amt zu führen bestimmt ist, heißt nach dem Sprachgebrauch Beamter, und zwar bezeichnet man den, der einen Amtsauftrag vom Kaiser oder im Namen und Auftrag desselben von einer Reichsbehörde erhalten hat oder zur Entgegennahme eines solchen verpflichtet ist, als Reichsbeamten, denjenigen, der einen Amtsauftrag vom Landesherrn oder im Namen und Auftrag desselben erhalten hat oder zur Entgegennahme eines solchen verpflichtet ist, eventuell aber trotzdem nach

---

[7] O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 215ff. Anders G. Meyer, Staatsrecht S. 496 Nr. 4.

[8] O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 198ff.

Vorschrift der Reichsverfassung den Anordnungen des Kaisers Folge leisten muß, als Landesbeamten.

So viel über den Begriff des Staatsamtes im allgemeinen. Um den von uns gesuchten Begriff des Reichsamtes zu finden, haben wir von unserer Ansicht auszugehen, daß das Reich seiner staatsrechtlichen Natur nach ein Bundesstaat ist, demnach sind die Reichsämter ihrem Wesen nach öffentliche Ämter, die allgemein geltenden Grundsätze müssen also auch für sie zutreffen. Das ist tatsächlich der Fall, abgesehen von wenigen Besonderheiten, deren Veranlassung in der bundesstaatlichen Gliederung des Reichs zu suchen ist, z. B. von der häufigen Verquickung von Reichs- und preußischen Landesbehörden. Allein diese Fälle bilden nur die Ausnahme von der Regel, sie können an der rechtlichen Natur der Reichsämter nichts ändern. Auf sie näher einzugehen und den praktischen Ausbau der Reichsämter weiter zu verfolgen, würde nicht in den Rahmen dieser theoretischen Arbeit fallen. Wir fassen unser Ergebnis usammen in den Satz:

Reichsamt ist ein Kreis von Geschäften des Reichs, die mit öffentlicher Dienstpflicht besorgt werden.

§ 5.

Der Staats- bezw. Reichsdienst im engeren Sinne.

Kehren wir zurück zu der am Schlusse des vorigen Paragraphen aufgeworfenen Frage: Was ist Staatsdienst bezw.

Reichsdienst im engeren Sinne? Wir haben gefunden: Staatsdienst im weiteren Sinne ist jede dem Staate für Staatszwecke geleistete Tätigkeit. Welches sind nun die Merkmale des Staatsdienstes i. e. S., die das ihm zugrunde liegende Rechtsverhältnis besonders charakterisieren? Der Zweck der beiden Arten von Staatsdienst ist der gleiche, nämlich die Durchführung von Staatsaufgaben. Um diese leichter zu erreichen, sind die darauf abzielenden Staatsgeschäfte in Geschäftskreise oder Ämter geteilt. Diese Ämter zu führen ist der Zweck des Vorhandenseins von Staatsdienern im engern und im weitern Sinne in gleicher Weise. Demnach muß der Unterschied beider Rechtsverhältnisse auf einem anderen Gebiete liegen. Wir finden ihn durch Beantwortung der Frage nach dem modus seiner Begründung.

Die Pflicht zur Leistung von Diensten kann auf einem dreifachen Rechtsgrunde beruhen.

1. Der Staat verpflichtet sich Arbeitskräfte durch zivilrechtlichen Dienstvertrag, bei welchem die Kontrahenten gleichberechtigt und unabhängig einander gegenüber stehen analog der Dienstmiete des Privatrechts. Hierbei entsteht nur ein Forderungsrecht des Staates auf Erfüllung der versprochenen Dienstleistung und des andern auf die zugesicherte Gegenleistung. Dies kommt besonders häufig vor bei Leistungen technischer Art, z. B. bei Bahn- und Wegebauten. Diejenigen, die mit dem Staate in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt (fiscus) einen solchen Dienstvertrag eingehen, sind jedoch nur Staatsdiener im

w. S., denn sie kommen ihren Verpflichtungen nicht nach mit öffentlicher Dienstpflicht, sie sind nicht an ihre Geschäfte gebunden kraft einer Anstellung im Staatsdienst.[1])

2. Ferner kann der Staat zur Realisierung seiner Bedürfnisse sich Hilfskräfte auf Grund einer Dienstpflicht verschaffen, welche ohne den freien Willensentschluß der Beteiligten entsteht. Hier tritt der Staat dem Privaten auf Grund seiner autoritativen Zwangsgewalt entgegen, er zwingt ihn, bestimmte öffentliche Geschäfte zu besorgen. Auch in diesem Fall ist der Gezwungene nur Staatsdiener i. w. S., er führt kein Amt, denn die Pflicht, durch die er zur Ausführung von Staatsaufgaben genötigt wird, ist keine öffentliche Dienstpflicht, weil ihr die der letzteren wesentliche Forderung der persönlichen Hingabe und Treue fehlt.[2])

3. Es gibt jedoch noch eine weitere Klasse von Dienstverhältnissen, die die erwähnte Charakteristika beider genannter Arten in sich verbinden, nämlich den freien Willensentschluß der Beteiligten und anderseits das Gewaltverhältnis des Staates. Dieses Dienstverhältnis ist das gesuchte Staatsdienstverhältnis i. e. S. Seine Begründung nennen wir Anstellung im Staatsdienst, Ernennung zum Staatsdiener, anderseits Eintritt in den Staatsdienst. Sie ist ein eigentümlicher öffentlichrechtlicher Akt, der ein ebenso eigentümliches öffentlichrechtliches Dienst-

[1]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 199.
[2]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 199.

verhältnis hervorbringt. Diese Eigenarten zu untersuchen und kritisch zu beleuchten, besonders aber die juristischen Merkmale des Begründungsaktes dieses Dienstverhältnisses zu charakterisieren, haben wir uns zur Aufgabe gemacht. Zu diesem Zwecke suchen wir zunächst zu einer genauen Definition des Reichsdienstes i. e. S. zu gelangen, um dann auf dieser Grundlage uns über das juristische Wesen des Begründungsaktes des Reichsdienstes zu verbreiten.

§ 6.

a) Staatsdienst ist ein rein öffentlichrechtliches Verhältnis.

Unser bisheriges Ergebnis bezüglich der rechtlichen Natur des Staatsdienstverhältnisses i. e. S., von dem nunmehr nur noch die Rede sein soll, besteht in der Feststellung desselben als eines Dienstverhältnisses, bei dem auf der einen Seite die öffentliche Gewalt, auf der anderen der Untertan sich gegenüberstehen. Welcher Rechtsart gehört dieses Rechtsverhältnis an, dem Privatrechte oder dem öffentlichen Rechte? Um im vorliegenden Falle diese Frage beantworten zu können, bedarf es einer Untersuchung darüber, worin überhaupt der Unterschied zwischen beiden Rechtsarten liegt.

Ulpian[1]) stellt den fundamentalen Satz auf: Was dem Staate nützlich ist, gehört dem öffentlichen Rechte, was dem Privatinteresse dient, gehört ins Gebiet des

[1]) Ulpian § 4 J. 1, 1 u. l. § 2 D. 1, 1.

Privatrechts. Dieser Ansicht, die ja für Besonderheiten der Auffassung großen Spielraum läßt, haben sich die neueren Rechtslehrer mehr oder weniger angeschlossen. Welchem Rechte gehört das Staatsdienstverhältnis an, in welchem Interesse liegt es?

Soweit der Staat Leistung von Diensten auf Grund seiner autoritativen Zwangsgewalt erzwingen kann und erzwingt, ist es ohne weiteres klar, daß man es mit Verhältnissen des öffentlichen Rechtes zu tun hat. Denn diese Pflichten sind im öffentlichen Interesse auferlegt und auf das Unterworfensein unter die öffentliche Gewalt gegründet. Alle Rechte, die aus solchen Dienstverhältnissen für den Dienenden entstehen, „gehören entweder der Gestaltungsform der Verpflichtung an oder sind die Folge der Verpflichtung",[2]) daher sind sie öffentlichrechtlicher Natur.

Diese Art von Dienstverhältnis scheidet jedoch, wie erwähnt, aus unserer Darstellung aus. Gegenstand derselben bleibt nur das Staatsdienstverhältnis, wie wir es in § 5 charakterisiert haben.

Die Ansicht, daß dieses Staatsdienstverhältnis ein rein privatrechtliches sei, gehört der Vergangenheit an, sie hat in der neueren Literatur keinen Vertreter mehr. Diese neigt vielmehr in einem stärkeren Maße zu der Auffassung, daß es nur öffentliche Momente habe, also lediglich öffentlichrechtlichen Charakter trage. Die Gründe

---

[2]) Seydel, Staatsrecht S. 323.

zu dieser Annahme sind allerdings sehr verschieden. Rehm[3]) begründet dies damit, daß die Interessen, die das Institut des Staatsdienstes verfolgt, öffentliche seien, weil sein Zweck die Förderung der Gesamtinteressen sei. Laband[4]) legt das Hauptgewicht darauf, daß nach dem Entstehen des Dienstverhältnisses ein Gewaltverhältnis ähnlich dem des Herrn über den Vasallen begründet werde. Dieses Gewaltverhältnis läßt er, ausgehend von der Zweckbestimmung der Dienste, nämlich Verwirklichung der staatlichen Aufgaben, unter Hintenansetzung der Interessen des Staatsdieners derart in den Vordergrund treten, daß er auf Grund desselben, das ja allerdings zweifellos dem öffentlichen Rechte angehört, das ganze Staatsdienstverhältnis als ausschließlich dem öffentlichen Rechte angehörend betrachtet. Dieser Meinung schließen sich im Endresultat die neueren Schriftsteller in der Mehrzahl an.[5]) Im Gegensatz dazu sehen Rehm[6]) und namentlich die Judikatur in den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Staatsdieners ein — wenigstens primär — privatrechtliches Element des Staatsdienstes.[7]) Denn es ist höchst zweifelhaft, ob die Besoldung des Staatsdieners mehr in dessen oder im Interesse des Staates

---

[3]) Rehm II S. 89ff.

[4]) Laband S. 405.

[5]) vgl. O. Mayer, Arch. S. 30ff.

[6]) Rehm II S. 104ff. a. a. O.

[7]) Anders Laband S. 481ff.; Wach Bd. 1 S. 96ff.; Jellinek S. 181.

liegt. Der Staat muß andere Personen in seine Dienste nehmen, würde er keine Gegenleistung gewähren, so würde er schwerlich genügend Hilfskräfte finden, um seine vielseitigen Staatsaufgaben erfüllen zu können. Es liegt also in seinem eigenen Interesse, wenn er für Staatsdienste in der Regel eine Besoldung gewährt. Diese vermögensrechtlichen Ansprüche des Staatsdieners gehen aus diesem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse hervor und sind als Bestandteile desselben öffentlichrechtlicher Natur.[8])

Wir haben demnach festzuhalten: Das Staatsdienstverhältnis ist ein rein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis.

b) Das Staatsdienstverhältnis ist einerseits ein Gewaltverhältnis, anderseits ein Forderungsverhältnis.

Mag die juristische Natur des Staatsdienstverhältnisses für uns noch strittig sein und erst am Schlusse unserer Darstellung ein endgültiges Urteil darüber abgegeben werden, das steht jedoch bereits fest: Zwei Rechtssubjekte stehen sich in diesem Dienstverhältnisse gegenüber, Staat und Staatsdiener.

Letzterer hat, wie wir noch sehen werden, als vornehmste Pflicht die Gehorsamspflicht, die Pflicht, den Befehlen des Herrschers nachzukommen, es besteht ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen beiden Rechtssubjekten. Laband hat dies zuerst technisch als

[8]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 248.

Gewaltverhältnis bezeichnet, da beide essentialia eines Gewaltverhältnisses beim Staatsdienstverhältnis vorliegen.

1. Der Diener muß Gehorsam leisten, die Art und Weise, wie er dieser Pflicht genügen soll, bestimmt einzig und allein der Herr. Dadurch ist die Pflicht zur Dienstleistung nicht festgelegt, sie ist eine „unbestimmte, ungemessene, die ganze Persönlichkeit erfassende".[9])

2. Das andere Erfordernis ist die Ungleichheit der Rechtssubjekte, das eine muß den Willen des andern aus eigener Macht zu fordern berechtigt sein.

Beide liegen beim Staatsdienstverhältnis vor, der Herrscher äußert seinen Willen in weder qualitativ noch quantitativ[10]) bestimmten Befehlen, er hat das Recht zu Befehl und Zwang, denen der Diener sich fügen muß.

Somit können wir das Staatsdienstverhältnis als Gewaltverhältnis charakterisieren. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß dem Staatsdiener ebenfalls Rechte und Forderungen zustehen. Allein er kann sie nicht realisieren wie der Herrscher durch Zwang oder Selbsthilfe und in ungemessener Menge, sondern sie sind genau bestimmt und zu ihrer Verwirklichung bedarf er der Hilfe des Gerichts. Ein Forderungsverhältnis besteht aber immerhin.

Als Resultat unserer Untersuchung können wir festhalten:

---

[9]) vgl. Laband S. 410ff.

[10]) vgl. die betreffende Einschränkung O. Meyers, Arch. S. 56.

Das Staatsdienstverhältnis ist einerseits ein Gewaltverhältnis, andererseits ein Forderungsverhältnis.

§ 7.

Der Inhalt des Staatsdienstverhältnisses.

a) Pflichten des Staatsdieners. Zweck jeglichen Staatsdienstes ist die Führung von Ämtern. Damit ist aber nicht gesagt, daß der im Staatsdienste Stehende immer Gelegenheit hat, ein Amt zu führen. (Wir werden uns hierüber noch des näheren verbreiten bei der Frage über die Identität des Staatsamtes und des Staatsdienstverhältnisses.) Solange der Betreffende kein Amt verwaltet, ist er Staatsdiener lediglich nur deshalb, weil er die dauernde Verpflichtung auf sich genommen hat, dem Staate zur Verfügung zu stehen, wenn dieser seine Dienste fordert. Diese wesentlichste Pflicht nennen wir nach dem Vorbilde Meisterlins die „Dienstpflicht". Rehm[1]) nennt als die vornehmste Pflicht des Staatsdieners die Gehorsamspflicht und folgert dies aus dem Wesen der komplizierten Ämterorganisation. Um die Ordnung und Einheit in der Durchführung der Staatsaufgaben nicht zu verlieren, sei es unumgänglich notwendig, daß der Beamte der niederen Behörde der vorgesetzten Behörde unbedingt Folge leiste.

Ergeht ein Befehl zur Amtsübernahme von seiten des Staates, so wird diese zunächst gänzlich passive Dienst-

[1]) Rehm II S. 83.

pflicht zur Pflicht zum wirklichen Handeln, zur Amtspflicht, d. h. zur Pflicht gewissenhafter Amtsführung. Sie ist die „schärfer ausgeprägte Form der Dienstpflicht“ [2]) und enthält wiederum verschiedene Einzelverpflichtungen, erstens die Pflicht zum Gehorsam gegen rechtmäßige Dienstbefehle, zweitens die Pflicht zur Amtsresidenz, die im RBG. § 14 darin ihren Ausdruck findet, daß mit dem unerlaubten Verlassen des Amtssitzes Strafen verbunden sind.

Zu diesen aus dem Wesen des Staatsdienstes sich ergebenden Pflichten fügt das Reichsbeamtengesetz noch zwei weitere hinzu. Der Beamte ist Vertreter der Staatsgewalt, wenn er dienstlich handelt. Als solcher genießt er Achtung und Ansehen. Stünde jedoch sein Lebenswandel im Gegensatz zu seinem amtlichen Verhalten, so würde darunter auch die dem Amte entgegengebrachte Achtung leiden. Aus diesem Grunde normiert § 10 RBG. die Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten. Ferner bestimmt § 11 RBG. die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses. Diese letztere folgert nach allgemeiner Ansicht aus einer großen, allen anderen übergeordneten Pflicht, der Pflicht zur Treue, die unserem Beamtentum seinen eigentümlichen Charakter auferlegt und bedeutsam ist für unser ganzes inneres Staatsleben. Sie findet sich im Reichsbeamtengesetz nirgends formuliert, wohl aber kommt sie zum Ausdruck in dem von den Verpflichteten abzulegenden Diensteid, der aus-

---

[2]) O. Meyer, VerwR. Bd. 2 S. 234.

nahmslos das Gelübde des Schwörenden enthält, seine Pflichten getreulich zu erfüllen. Eine Rechtspflicht, eine dem juristischen Wesen des Staatsdienstverhältnisses wesentliche Pflicht ist diese Pflicht zur Treue nicht. Sie ist vor allem „sittlicher Natur" und erstreckt sich über den hier juristisch festzulegenden Begriff des Staatsdienstverhältnisses hinaus, denn dieses wird begründet zwischen dem Beamten und dem Staat, das Treueverhältnis jedoch zwischen dem Beamten und dem Herrscher ganz persönlich.[3])

Diese sind die wesentlichen Pflichten des Staatsdieners, alle übrigen im Reichsbeamtengesetz aufgeführten weiteren Pflichten lassen sich auf eine der genannten Hauptpflichten zurückführen.

Diesen Pflichten stehen Rechte des Staatsdieners gegenüber, die dem Staatsdienstverhältnisse wesentlich sind.

b) Rechte des Staatsdieners.[4]) Jeder Beamte genießt als Staatsangehöriger den Schutz des Staates vor rechtswidrigen Angriffen genau wie jeder andere, der sich in seinem Machtbereich aufhält. Insofern bietet seine Stellung keine Besonderheiten. Wohl aber hat der Staat außerdem die Verpflichtung, den Beamten in Ausübung seiner dienstlichen Obliegenheiten zu schützen.

In den §§ 113, 114 RStGB. wird dieses allen Staatsdienern zukommende Recht statuiert. Weitere aus dem

[3]) O. Mayer, Arch. S. 54; vgl. Laband S. 430 ff.

[4]) vgl. den gegenteiligen Standpunkt O. Mayers, Arch. S. 65 Anm. 95.

Staatsdienstverhältnisse folgernde wesentliche Rechte des Beamten sind die Ansprüche auf Titel, Uniform und Rang (§ 17 RBG.).

Damit glauben wir die positiven Momente einer Definition des Staatsdienstes in ihrer Gesamtheit zur Darstellung gebracht zu haben.

Wir haben nur noch nachzuweisen, daß eine Reihe anderer Kriterien, die die Staatslehre mitunter als für den Begriff des Staatsdienstes wesentlich hinstellt, unerheblich sind.

α) In der älteren Literatur findet sich fast durchweg das Postulat der Besoldung. Dieser Irrtum wurde durch die Gesetzgebung einiger Staaten genährt, die die unbesoldeten Staatsdiener von den Bestimmungen ihrer Staatsdienergesetze ausschlossen.[5]) Allein das heutige Reichsrecht macht keinen Unterschied zwischen besoldeten und unbesoldeten Reichsbeamten, und tatsächlich gibt es zahlreiche Klassen von Beamten, die keinen Gehalt beziehen, z. B. Attachés und Wahlkonsule, die das Reichsbeamtengesetz in § 21 ausdrücklich als Reichsbeamte bezeichnet.

β) Weiter ist in der neueren Staatsrechtslehre die Ansicht weit verbreitet, die Pflicht zu dauernden Dienstleistungen sei für den Begriff des Staatsdienstes essentiell. Das Staatsdienstverhältnis kann ein dauerndes sein, ebenso kann das Amt ein dauerndes sein, aber daraus kann

---

[5]) vgl. Kgl. Sächs. Staatsdienergesetz v. 7. 3. 1835.

man nimmermehr schließen, daß die Übertragung eines Amtes an einen Staatsdiener notwendigerweise für irgendwelche Dauer erfolgen müsse. Tatsächlich wird diese Annahme durch das positive Recht widerlegt, denn das Reichsbeamtengesetz nennt in § 38 Beamte, „welche für ein seiner Natur nach vorübergehendes Geschäft angenommen werden".[6])

γ) Ferner ist es für den Begriff des Staatsdienstes irrelevant, ob die staatsrechtlichen Geschäfte lediglich in der Ausübung von staatlichen Hoheitsrechten bestehen oder nicht. Wir haben gelegentlich der Begriffsbestimmung des Amtes gesehen, daß es auch Ämter wissenschaftlicher und technischer Art gibt, die des hoheitlichen, behördlichen Charakters entbehren. Alle diejenigen, die derartige Ämter innehaben, sind Beamte, ohne daß die Ausübung staatlicher Hoheitsakte oder eine Amtsgewalt mit ihrer Tätigkeit verbunden wäre.[7]) Das Reichsbeamtengesetz kennt darum auch nicht den Unterschied zwischen Staatsdienern mit hoheitlichen und solchen mit nicht hoheitlichen Funktionen.

δ) Schulze[8]) und G. Meyer[9]) und vor ihnen andere haben die Berufsmäßigkeit als Grundlage des ganzen Staatsdienstverhältnisses angenommen. Aus dieser leiten

---

[6]) vgl. RStGB. § 359, wo von vorläufig angestellten Beamten die Rede ist.

[7]) And. M. Zorn, Staaatsrecht S. 225.

[8]) Schulze S. 304 ff.

[9]) G. Meyer, Annalen S. 670.

sie alle Rechte und Pflichten des Staatsdieners ab. Es ist zwar vom politischen Standpunkte aus von wesentlichem Interesse, daß möglichst viele Beamtenkategorien die Erfüllung ihrer Dienstpflicht ausschließlich als ihre Lebensaufgabe betrachten. Dies hindert jedoch nicht, daß das Reich einzelne Beamtenklassen bedienstet, die zwar amtliche Funktionen wahrnehmen, dabei aber ihrer privaten Haupttätigkeit nur im verhältnismäßig geringen Maße entzogen werden, z. B. die Postagenten; bei einigen Beamten ist es sogar notwendig, daß sie einem bürgerlichen Hauptberufe nachgehen, denn dadurch werden sie erst zur Ausübung ihres Amtes befähigt, z. B. die Handelsrichter.[10]) G. Meyer redet aber selbst davon, daß nur auf die Berufsbeamten „alle Konsequenzen des Staatsdienerrechtes volle Anwendung finden", und räumt damit ein, daß es eben auch Beamte im Nebenberuf gibt. Das geltende Recht beweist auch hier wieder die Richtigkeit der von uns vertretenen Meinung, denn es redet ausdrücklich im § 38 RBG. von Reichsbeamten, „deren Zeit und Kräfte durch die ihnen übertragenen Geschäfte nur nebenbei in Anspruch genommen werden". Die Berufsmäßigkeit ist demnach kein Kriterium des Begriffes Staatsdienst, sie ist nur „ein unwesentliches plus".[11])

ε) Vielfach haben sich die Staatsrechtslehrer bemüht, einen Unterschied zwischen eigentlichen Staatsbeamten und

---

[10]) Bornhak, Staatsrecht S. 24.

[11]) Rehm II S. 181.

dem Unterpersonal zu konstruieren.[12]) Allerdings würde Staatsdienereigenschaft nicht vorliegen, wenn letzteres nur nach Art der Dienstboten gemietet wäre, allein beruht das Dienstverhältnis auf Anstellung, so ist selbst der geringste Diener Beamter, denn nicht die Art der geleisteten Dienste, sondern die Art des rechtlichen Verhältnisses zum Staate, welches ihn zur Leistung des Dienstes verpflichtet, gibt den Ausschlag. Dementsprechend macht auch das Reichsbeamtengesetz keine derartige Unterscheidung.

ζ) Wir haben ferner der von Stein und in neuerer Zeit besonders von Schulze und Rönne-Zorn verfochtenen Ansicht entgegenzutreten, daß die Amtsführung für den Staatsdienstbegriff wesentlich sei. Stein geht sogar so weit, die Verwaltung des einzelnen Amtes Staatsdienst zu nennen.[13]) Wir haben gesehen, daß die Dauer der Amtsübertragung nicht entscheidend ist für das Wesen des Staatsdienstverhältnisses, ebensowenig wie das Amt das Charakteristikum der Dauer besitzt. Wir leugnen aber sogar die Bedeutung jeglicher Amtsführung für den Begriff des Staatsdienstes. Der Staatsdiener kann Staatsdiener sein, ohne ein Amt zu führen. Wenn Zorn[14]) meint, daß das Dienstverhältnis ohne Amt nur eine vorübergehende und durch besondere Verhältnisse verursachte Ausnahme sei, so gibt er eben damit zu,

---

[12]) Bluntschli Bd. 2 S. 122; v. Garbe S. 110 Note 11.

[13]) Stein Bd. 1 S. 342.

[14]) v. Rönne-Zorn Bd. 1 S. 420.

daß es vorübergehend und unter besonderen Verhältnissen Beamte ohne Amt gibt.

Der Fehler beruht auf der mangelhaften Unterscheidung zweier scharf zu trennender Rechtsinstitute: des Staatsdienstverhältnisses und des Staatsamtsverhältnisses. Zweck des Staatsdienstes ist die Verwaltung von Ämtern, aber solange dem Staatsdiener kein Amt übertragen wird, genügt er seiner Dienstpflicht schon durch die fortwährende Bereitwilligkeit zur Übernahme eines Amtes. Demnach ist „Staatsdiener sein sicher nicht gleichbedeutend mit der Führung eines Amtes, das erstere enthält nur die Pflicht, letztere zu übernehmen".[15])

Bei der wesentlichen Verschiedenheit der Begriffe Staatsdienst und Staatsamt wäre es angebracht, in der Terminologie ebenso genau zu unterscheiden. Rehm geht in seiner Monographie auf die Wortbildung zurück, unterscheidet genau Dienst- und Amtsverhältnis und nennt den einen Staatsbeamten, der ein Staatsamt, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde, innehat. Dagegen bezeichnet er denjenigen, welcher überhaupt in einem Dienstverhältnis zum Staate steht, als Staatsdiener ohne Rücksicht darauf, ob er gerade eine bestimmte Dienststelle, ein Amt bekleidet oder nicht.[16]) Allein diese Unterscheidung entspricht

---

[15]) O. Mayer, Arch. S. 66; vgl. Laband S. 413: „Die Dienstpflicht verhält sich zur wirklichen Amtsführung wie die gesetzliche Wehrpflicht zum aktiven Militärdienst oder wie die gesetzliche Gerichtspflicht zur effektiven Ausübung des Geschworenen- oder Schöffenamtes".

[16]) Rehm II S. 160 ff.

nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Terminologie der Gesetze, die abwechselnd die Worte „Staatsdiener“ und „Staatsbeamte“ in demselben Sinne anwenden. Wir befinden uns also, wenn wir dies ebenfalls tun, im Einklange mit dem Wortlaut des Reichsbeamtengesetzes, das wohl den Ausdruck Reichsdienst, nicht aber das Wort Reichsdiener kennt, sondern nur von Reichsbeamten spricht, wenn von Personen die Rede ist.

Nicht jeder Staatsdiener hat ein Amt, obwohl das ganze Staatsdienstverhältnis auf die Führung von Ämtern abzielt; aus irgendwelchen Gründen kann ihm das Amt vorenthalten oder entzogen werden, er kann seine „aktive Dienstpflicht“ noch nicht oder nicht mehr erfüllen. Wohl aber steht jeder, der ein Amt bekleidet, in öffentlicher Dienstpflicht, denn diese ist „Bedingung des Amtes“.[17]) Wir haben demnach festzustellen: Öffentliche Dienstpflicht und öffentliches Amt sind scharf zu trennende, begrifflich verschiedene Rechtsinstitute, sie sind nur „aufs innigste verflochten“.

Prüfen wir an der Hand des positiven Rechts, insonderheit des Reichsbeamtengesetzes, ob die von uns vertretene Ansicht die richtige ist.

Im Kgl. Sächs. Staatsdienergesetz v. 7. 3. 1835 werden Staatsdienst- und Staatsamtsverhältnis noch nicht auseinandergehalten, denn es besagt im § 1: „Als Staats-

[17]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 201.

diener im Sinne dieses Gesetzes sind nur diejenigen anzusehen, welche zu einem öffentlichen Amt . . . auf Stellen eingesetzt sind . . .“ und auf demselben Standpunkte stehen die Gesetzgebungen Württembergs und der Thüringischen Staaten.[18])

Das Reichsbeamtengesetz hat sich jedoch von dieser Verquickung freigemacht, denn § 1 lautet: „Reichsbeamter im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Beamter, welcher . . . vom Kaiser angestellt ist“. In den §§ 7 u. 45 redet es vom „Eintritt in den Reichsdienst“, in § 4 von „Anstellung“ und meint offenbar damit nur die Begründung des Staatsdienstverhältnisses. Andererseits bringt es im Gegensatz dazu die Übertragung des Amtes, den Beginn des Amtsverhältnisses scharf zum Ausdruck, wie z. B. im § 38: „Die dem Beamten vorgesetzte Behörde entscheidet bei der Dienstübertragung . . .“; nach § 10 hat der Beamte die Pflicht, „das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen“. Die Pflichten des Amts- und die des Dienstverhältnisses werden somit ausdrücklich nebeneinander angeführt.

Folgerichtig führt das Reichsbeamtengesetz das Prinzip der Scheidung zwischen beiden Rechtsinstituten durch, denn:

1. Jeder Beamte muß sich nach § 23 die Versetzung in ein anderes Amt mit nicht geringerem Range und

[18]) vgl. Rehm II S. 167.

Diensteinkommen gefallen lassen. Mit dem Zeitpunkt der Versetzung verliert der Beamte sein bisheriges Amt, aber tritt er damit in ein neues Dienstverhältnis? Woraus resultierte denn die Pflicht, das neue Amt zu übernehmen?

2. Nach § 24 kann jeder Beamte unter Bewilligung des gesetzlichen Wartegeldes bei etwaiger Änderung in der Organisation der Behörden einstweilig in den Ruhestand versetzt werden. Der Beamte geht auch in diesem Falle des Amtes verlustig, aber er hört nicht auf, Beamter zu sein. Er hat den Anspruch auf Wartegeld, auch für ihn gelten die Pflichten des § 10, auch für ihn besteht die Pflicht fort, ein anderes Amt unter den Voraussetzungen des § 23 zu übernehmen.

3. Ebenso verhält es sich im Falle der vorläufigen Dienstenthebung. Auch hierbei tritt Verlust des Amtes ein bei Fortbestand fast aller Pflichten und Rechte.

Diese drei Rechtsinstitute der Versetzung, der Suspension, der Stellung zur Disposition lassen sich vom Standpunkte der gegnerischen Theorie juristisch überhaupt nicht erklären, sie beweisen klar das Fortbestehen der Rechte und Pflichten des Beamten trotz Amtsverlustes[19]) und stellen sich als Konsequenzen der scharfen Scheidung zwischen Staatsdienst- und Staatsamtsverhältnis dar.

---

[19]) vgl. Mot. zu § 119 S. 76: Die einstweilig in den Ruhestand versetzten Beamten haben nicht aufgehört, Beamte zu sein . . ., können zum Dienste wieder einberufen werden.

Nachdem wir den Unterschied zwischen Staatsdienst- und Staatsamtsverhältnis festgestellt und damit zugleich den Beweis erbracht haben, daß die Führung eines Amtes für das Staatsdienstverhältnis begrifflich irrelevant ist, kann es ferner hier keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Leistung des Diensteides kein essentiale für den Begriff des Staatsdienstes ist. § 3 RBG. besagt: „Vor dem Dienstantritt ist jeder Reichsbeamte auf die Erfüllung aller Obliegenheiten des ihm übertragenen Amtes eidlich zu verpflichten" und bringt damit das Erfordernis der Eidesleistung bei Beginn der Amtsführung, nicht aber schon bei Beginn des Dienstverhältnisses zum Ausdruck. Dies hat seinen Grund in der Eigenart der öffentlichen Dienstpflicht, ohne die kein öffentliches Amt besorgt werden kann (vgl. oben § 4). Denn diese erfordert persönliche Hingabe und Treue, und dieses „rechtlich nicht vollkommen greifbare sittliche Element der Pflicht zu verstärken durch einen Anruf des Gewissens" ist der Zweck des Eides.[20]) Für das Staatsamtsverhältnis ist der Diensteid also wesentlich, für das Staatsdienstverhältnis jedoch nicht. Das bringen auch die Motive zum Ausdruck, wenn sie sagen: „Jedoch erscheint die Eigenschaft eines Beamten als Reichsbeamten nicht durch die vorherige Ableistung des Eides bedingt".

Die nicht genügende Unterscheidung zwischen Staatsdienst- und Staatsamtsverhältnis bildet auch hier wieder den Anlaß zur Kontroverse.

---

[20]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 196.

Somit haben wir festgestellt, daß in der Tat alle in der am Ende des vorigen Paragraphen unserer Darstellung gewonnenen Definition des Staatsdienstes nicht erwähnten Elemente für dessen Begriff nicht wesentlich sind und ihre Aufnahme sich somit erübrigte.

Damit dürften die begrifflichen Fragen als beantwortet zu betrachten sein bis auf die eine, die wir bisher stets umgangen haben, nämlich die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Begründungsaktes des Staatsdienstes. Ihre Beantwortung ist der letzte und wichtigste Teil unserer Aufgabe.

II. Die Begründungsform des Staatsdienstverhältnisses.

§ 9.

Die äußere Form der Begründung.

„Jeder Beamte erhält eine Anstellungsurkunde" heißt es in § 4 RBG. Es läßt somit die Frage offen, ob die schriftliche Ausfertigung einer Urkunde über die Ernennung eine Formvorschrift sei, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Ernennung herbeiführe, oder ob sie nur eine Ordnungsvorschrift sei, durch welche die mündliche Anstellung möglichst verhindert, die schriftliche möglichst immer eingehalten werden solle.

Die Motive zum Reichsbeamtengesetze widersprechen sich, denn einmal sagen sie: „Über die Form der Anstellung ist es indes nicht nötig, ausdrückliche Vorschriften zu geben", und andererseits: „Der Paragraph (4) schließt also die mündliche Bestellung aus". Die Gesetze der meisten deutschen Staaten bestimmen, daß unbedingt die schriftliche Ernennung ein wesentliches Erfordernis der Anstellung sei, so z. B. das bayerische Staatsdienergesetz: „Der Stand des Staatsdieners wird durch das Anstellungsreskript erworben", das badische Gesetz v. 26. 5. 1876:

„Unter Angestellten . . . sind alle diejenigen Bediensteten zu verstehen, welche mittels Dekrets angestellt sind". Das Kgl. Sächs. Staatsdienergesetz läßt mit seinem Wortlaut die Frage wiederum offen. Es heißt im § 6: „Über die wirkliche Verleihung einer Staatsdienststelle ist jedem Angestellten ein Bestellungsdekret auszufertigen".

Das Reichsgericht hat in mehrfachen Entscheidungen, z. B. in der v. 17. 9. 1891, für zulässig angesehen, auf Beamteneigenschaft zurückzuschließen, auch ohne daß eine formale Berufung in ein Amt stattgefunden hat, lediglich aus der Art und Beschaffenheit der tatsächlich ausgeübten öffentlichrechtlichen Dienstfunktionen.

Demnach genügt nach dem Reichsbeamtengesetz formlose Ernennung, erfolgte sie mündlich oder telegraphisch. Allerdings wird man nach § 4 annehmen müssen, daß der Wille der anstellenden Behörde immer darauf gerichtet sei, die entgültige Erklärung nur schriftlich, d. h. durch Aushändigung der Bestellung abzugeben, und daß die Beurkundung nachzuholen sei, wenn die Ernennung wirklich einmal mündlich oder telegraphisch erfolgt sei.[1])

Die Begründung des Dienstpflichtverhältnisses kann auch durch Wahl erfolgen. Wenn z. B. ein Magistrat einen Beamten durch Mehrheitsbeschluß wählt, der eine Ernennung enthält, so hat dieses Verfahren nichts Außergewöhnliches, denn der Magistrat kann Verwaltungsakte erlassen. Bedenklicher erscheint der Fall jedoch, wenn

[1]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 221 Anm. 4.

eine Anstellung auf Grund einer Wahl durch Wähler erfolgen soll, die keine des Verwaltungsaktes fähige Behörde bilden. O. Mayer[2]) ist der Ansicht, eine derartige Wahl sei nur die Bedingung für die Anstellung, diese könne nur durch den Bestätigungsakt der Behörde wirksam werden. Wenn jedoch die Wahl durch Wähler, deren Gesamtheit des Verwaltungsaktes nicht fähig ist, dennoch die unmittelbare Begründung von Amt und Dienstpflicht herbeiführen soll, dann ist die Wahl selbst Begründungsakt, die noch einzuholende Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde nur eine Bedingung der Gültigkeit der Wahl.

So viel über die äußeren Formen der Anstellungsakte. Wir wenden uns nunmehr der Frage nach der juristischen Natur des Anstellungsaktes zu.

§ 9.

Die Begründung durch Verfügung.

(O. Mayer, Archiv S. 37 ff.)

Im Einklang mit fast der gesamten Literatur haben wir in § 6a unserer Darstellung die Zugehörigkeit des Staatsdienstverhältnisses und damit auch seiner Begründungsform zum öffentlichen Rechte betont. Bei Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur seines Begründungsaktes stehen wir zwei völlig entgegengesetzten Theorien gegenüber. Die herrschende behauptet, es sei

---

[2]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 404 f.

ein einseitiger Staatsakt, die andere sieht in ihm einen Vertrag. Prüfen wir eine jede auf ihre Berechtigung.

Im Verfassungsstaate unserer Zeit kann niemand zum Eintritt in den Staatsdienst gezwungen werden, ohne seine Einwilligung gegeben zu haben. Diese Tatsache bildet die Basis der ganzen Vertragstheorie. Wir werden sehen, wie wir uns mit ihr abzufinden haben.

Es ist klar, daß im absoluten Staate die Staatsgewalt alles vermag, der Untertan ist lediglich Objekt staatlicher Gesetzgebung und Verwaltung, von rechtlicher Koordination kann keine Rede sein. Wie steht es jedoch damit im konstitutionellen Staate? Auf zweierlei Art äußert hier der Staat seinen Willen, durch Gesetz und durch Verwaltungsakt; dies sind zugleich die beiden einzigen Formen, in welchen seine Willensäußerungen zustande kommen, durch die er auf seine Untertanen wirkt. Die Staatsgewalt kann alles, der Träger der Staatsgewalt hat jedoch auf einen Teil seiner Allgewalt verzichtet, indem er freiwillig die Verfassung respektiert. Diese hat zwischen Gesetz und Verwaltung — Regierung — die Kompetenzen verteilt, insbesondere hat sie dem Gesetze vorbehalten, dem Untertanen Zwang zu Tun und Lassen aufzuerlegen. Die Regierung kann daher einen derartigen Zwang nicht ausüben. Will sie also einen Untertanen zu einem Tun oder Lassen zwingen, so stehen ihr nur zwei Wege offen, entweder sie benötigt ein besonderes Gesetz, das ihr Ausübung des Zwanges gestattet, oder sie verschafft sich die Einwilligung des Untertanen, die

sie jedes Zwanges überhebt. Wir sehen, entweder gesetzliche Ermächtigung seitens der Staatsgewalt oder Einwilligung des Betroffenen ist nötig zur rechtlichen Wirksamkeit eines Zwanges der Regierung zu Tun und Lassen eines Untertanen, erst durch Vorhandensein der einen oder der anderen wird die Regierung zur Ausübung eines derartigen Zwanges zuständig. Ist sie aber zuständig, dann hat auch der durch sie geäußerte Staatswille bindende Kraft, ist für sich allein ohne weitere positive Voraussetzung fähig, rechtlich wirksam den einzelnen zu bestimmen.[1])

Wenden wir das soeben Gewonnene auf die Begründung des Staatsdienstverhältnisses an: Die Regierung will, daß ein Untertan in ein Beamtenverhältnis zu ihr trete. Zwang anzutun vermag sie nach der ihr durch die Verfassung auferlegten Kompetenzbeschränkung nicht. Der Untertan beseitigt durch Einwilligung diese Schranke, die Regierung wird zuständig, und sie vollzieht nunmehr den Akt, der die öffentliche Dienstpflicht auferlegt, die Ernennung.

Somit ist die Einwilligung des Ernannten nur eine Voraussetzung des Verwaltungsaktes, den die Dienstpflicht begründet.[2])

Ist diese Einwilligung jedoch so stark, daß sie dabei den Verwaltungsakt zu einem Vertrag macht, wie dies

---

[1]) O. Mayer, Arch. S. 39.

[2]) O. Mayer, Arch. S. 39.

die gegnerische Theorie behauptet? Schon beim einseitigen zivilrechtlichen Rechtsgeschäft ist Voraussetzung seiner Wirksamkeit, daß zwei Willen zweier Subjekte vorhanden sind, die in ihrer Absicht zusammentreffen; das eine Subjekt, das verfügende, bringt die Rechtswirkung hervor, das andere nimmt sie an. Das Wesen des Vertrags erfordert aber weit mehr. Während das einseitige Rechtsgeschäft hervorgebracht wird in dem Willen des Disponenten, müssen bei Zustandekommen des Vertrags beide Willen zusammenwirken, nicht der eine soll den Willen hervorbringen, der andere damit einverstanden sein, sondern beide Willen gemeinsam müssen die Rechtswirkung erzeugen, dann erst entsteht ein Vertrag.

Wirkt aber bei Begründung des Staatsdienstverhältnisses der zu Ernennende derart mit, daß ein „Vertrag" zustande kommt? Sicherlich nicht, nach der Verfassung bedarf es seiner Einwilligung, nicht aber seines Rechtes, an der Begründung des Staatsdienstverhältnisses mitzuwirken. Dieses Recht ist nirgends statuiert.

Der Begründungsakt des Staatsdienstes ist demnach seiner juristischen Natur nach kein Vertrag, er ist ein Verwaltungsakt.[3])

Über seine Benennung sind sich die Anhänger der Theorie vom einseitigen Akt nicht einig. Sie stößt auf Schwierigkeiten, da ein Name, der die ganze Eigenart dieses Rechtsinstituts umfaßt, sich schwer finden läßt.

[3]) And. M. Laband, Arch. Bd. 159.

O. Mayer nennt ihn öffentlichrechtlichen Vertrag und geht dabei von der Erwägung aus, daß bis in die neuere Zeit die Anstellung eines Beamten sich durch einen zivilrechtlichen Dienstvertrag vollzog, deshalb sei auch heute noch der Name „Staatsdienstvertrag" üblich. Der Zusatz „öffentlichrechtlich" soll auf seine Zugehörigkeit zum öffentlichen Rechte hinweisen, die, wie wir bereits festgestellt haben, fast allgemein anerkannt ist.

Diese Ansicht machen wir zu der unsrigen, indem wir behaupten:

Das Staatsdienstverhältnis wird begründet durch einen einseitigen Verwaltungsakt auf Einwilligung des künftigen Staatsdieners hin, „durch öffentlichrechtlichen Vertrag".

§ 10.

Die Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag im Sinne Labands u. a.

Die meisten Vertreter der Vertragstheorie behaupten ohne weiteres, die Begründung des Staatsdienstverhältnisses sei ein Vertrag, weil eine Einwilligung erforderlich sei.[1]) Wir haben im vorigen Paragraphen uns auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt, weil eben nicht nur das bloße Einverständnis zweier Parteien das Rechtsgeschäft des Vertrags hervorbringt. Gönner[2]) hält es

[1]) Löning S. 119; Rehm II S. 142; Sarwey S. 276.

[2]) Gönner § 29.

„für einen folgenschweren Irrtum der Staatsrechtslehrer, wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte über Rechte und Verbindlichkeiten mache das ganze Wesen des Vertrags aus". Allein die Gegner empfinden selbst das Unhaltbare ihrer Ansicht und schränken das Gebiet der öffentlichrechtlichen Verträge in dem von ihnen verfochtenen Sinne ein, indem sie weitere Voraussetzungen an das Zustandekommen des Vertrags knüpfen. So verlangen sie, daß der einzelne, mit dem ein Vertrag abgeschlossen werden soll, bis zu dessen Abschluß „entweder der Gewalt des vertragsschließenden Staates noch gar nicht oder doch wie selbst eigene Untertanen in dem festzuhaltenden Verhältnis nicht unterworfen sei".[3]) Diese Voraussetzung sei besonders bei der Naturalisation und bei der Begründung des Staatsdienstverhältnisses gegeben.[4]) Vor der Verleihung der Staatsangehörigkeit stehe die Willensunabhängigkeit des zu Naturalisierenden von der Gewalt des aufnehmenden Staates außer allem Zweifel, die Staatsgewalt könne nur durch ein Gesetz den Ausländer zwingen, sich in seinen Untertanenverband aufnehmen zu lassen. Allein ein derartiger Rechtssatz existiere nirgends; so bleibe nur der Ausweg, daß der Erwerb der Staatsangehörigkeit mit beiderseits freiwilliger Zustimmung, also durch einen Vertrag erfolge. Dieser Vertrag sei ein staatsrechtlicher,

[3]) Schmitthenner S. 315 ff.

[4]) Jellinek nennt noch Begründung der Mitgliedschaft einer Kammer, die Präsidentschaft einer Republik und Einsetzung einer neuen Dynastie, vgl. S. 219.

weil er die Begründung eines staatsrechtlichen Unterworfenheitsverhältnisses zum Inhalt habe.[5]) Dem ist entgegenzuhalten, daß die Staatsgewalt, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt ist, alles vermag, sowohl gegenüber ihren eigenen Untertanen als auch gegenüber dem Ausländer, der in ihren Machtbereich kommt. Bei Verleihung der Staatsangehörigkeit oder Entlassung aus dem Staatsverbande handelt sie obrigkeitlich durch Entscheidung, „die Einwilligung des Betroffenen ist nur die gesetzliche Bedingung für die der Behörde verliehene Gewalt".[6])

Wir sehen, von vorangehender Willensunabhängigkeit kann auch bei der von den Gegnern vor allem herangezogenen Naturalisation keine Rede sein, und damit fällt dieses Postulat des öffentlichrechtlichen Vertrags überhaupt.

Aber abgesehen davon ist diese Einschränkung des Gebiets der öffentlichrechtlichen Verträge ganz willkürlich. Jellinek sucht sie zu rechtfertigen, indem er einen öffentlichrechtlichen Vertrag nur dort annimmt, wo der Staat neues Recht erwirbt, nicht jedoch dort, „wo ein Verwaltungsakt auf der normalen staatlichen Kompetenz beruht und daher seinem Wesen nach Verfügung ist".[7]) Der Staat handelt jedoch bei der Anstellung im Staatsdienst durchaus mit normaler staatlicher Kompetenz, viele Gesetze sprechen dem Landesherrn oder einer Behörde aus-

---

[5]) Rehm II S. 122.

[6]) O. Mayer, Arch. S. 47.

[7]) Jellinek a. a. O. S. 216.

drücklich die Berechtigung zur Anstellung von Beamten zu. Die Abgrenzung im Sinne Jellineks ist u. E. unhaltbar.

Auch Laband erscheint der Grundsatz, überall dort einen öffentlichrechtlichen Vertrag im Sinne der Vertragstheorie zu sehen, wo lediglich die Einwilligung des anderen vorhanden ist, als zu weitgehend. Auch er beschränkt deshalb das Gebiet der öffentlichrechtlichen Verträge und erkennt solche nur dort an, wo ein Gewaltverhältnis begründet wird, oder wo ein Vertrag zur Förderung und Durchführung staatlicher Aufgaben geschlossen wird. Prüfen wir die Berechtigung dieser Einschränkung, so finden wir diese ebenso unbegründet wie die Jellineks. Nach Laband selbst[8]) ist der Vertrag ein allgemeiner Rechtsbegriff, wozu lediglich die übereinstimmende Willenserklärung beider Vertragsparteien nötig ist. Folglich ist auch überall dort ein Vertrag vorhanden, wo der Staat nicht einseitig zu verfügen vermag, sondern an die Einwilligung des anderen gebunden ist.

Laband stellt den öffentlichrechtlichen Vertrag in erster Linie als Gewaltverhältnis dar. Gewaltverhältnisse sind aber auch im Privatrecht möglich,[9]) ebenso können sie auf gesetzlicher Pflicht beruhen, z. B. das Verhältnis des Kindes zum Vater. Das Beamtenverhältnis ist, wie Jellinek im Anschluß bemerkt, ein derartiges einfaches Gewaltverhältnis. Wenn dieser aber, wie gesagt, auch auf anderen Verträgen beruhen kann als lediglich auf

[8]) Laband S. 421 a. a. O.

[9]) Jellinek S. 217 Anm. 1.

öffentlichrechtlichen, dann ist auch dieses Unterscheidungsmerkmal des öffentlichrechtlichen Vertrags wertlos.

Zu demselben Resultat gelangen wir bei der Würdigung des zweiten Kriteriums des öffentlichrechtlichen Vertrags nach Laband. Er leitet die öffentlichrechtliche Natur des Staatsdienstvertrags aus dessen Zweckbestimmung her. Um ihretwillen „ist der Vertrag der Beurteilung nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten unterworfen, und sie allein unterscheidet das Rechtsverhältnis des Staatsbamten von dem der ... Beamten ... der Privatpersonen".[10]) Allein er widerspricht sich damit selbst, denn er betont wiederholt: „Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffes".[11]) Auch wir haben keine Veranlassung, aus dem genannten Grunde auf die öffentlichrechtliche Vertragsnatur des Staatsdienstes zu schließen, wir erblicken darin nur Beweggründe für seine öffentlichrechtliche Behandlung, ein Beweis aber, daß dies wirklich geschehen ist, ist damit nicht erbracht.[12])

So erhalten wir als Schlußresultat unserer Betrachtung:

Ein öffentlichrechtlicher Vertrag im Sinne der Vertragstheorie läßt sich nicht nachweisen, er ist höchstens ein zivilrechtlicher Vertrag mit öffentlichrechtlichen Wirkungen.[13])

---

[10]) Laband Bd. 1 S. 414.

[11]) Laband Bd. 1 S. 63.

[12]) O. Mayer, Arch. S. 51.

[13]) O. Mayer, Arch. S. 56 ff.

§ 11.

Vertrag und Verfügung im positiven Rechte.

Wir haben im § 9 unserer Arbeit den theoretischen Nachweis der Berechtigung der Lehre von der Begründung des Staatsdienstverhältnisses durch einseitige Verfügung zu erbringen versucht. Indizien für die Richtigkeit dieser Lehre im positivem Recht bietet die Ausdrucksweise des Reichsbeamtengesetzes. Man ist zwar immer geneigt, in dem Wortlaut der Gesetze „strikte Beweise aus dem positiven Rechte" für diese oder jene Theorie zu erblicken,[1]) allein die schwankende Terminologie selbst in ein und demselben Gesetze, die oftmals unjuristische Fassung der Ausführungsverordnungen mindert doch die Kraft solcher Beweise mitunter erheblich. Die Ausdrucksweise der Gesetze gibt aber nun einmal den Standpunkt der Praxis wieder; gerade unser Reichsbeamtengesetz entspricht besonders den lebendigen Anschauungen und Bedürfnissen der Praxis. Deshalb können wir uns auf den Wortlaut der Gesetze und die äußere Form des Ernennungsdekrets als gewichtige Indizien für die Richtigkeit unserer Auffassung immerhin berufen.

Nach der Vertragstheorie kann die zugestellte Bestallung keinerlei rechtliche Wirkungen für das Entstehen des Staatsdienstverhältnisses hervorbringen; sie ist lediglich die Erklärung der einen Vertragspartei, die für

[1]) Rehm II S. 126 ff.; dagegen O. Mayer, Arch. S. 59.

den Vertragsbegriff notwendige Zustimmung des anderen Kontrahenten fehlt noch, das Reichsbeamtengesetz lautet im § 4: „Jeder Beamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde“ und sichert damit für die Willenserklärung des Staates eine Erscheinungsform und einen Beweis, daß der Staat den Beamten anstellen will, während es über die Willenserklärung des Anzustellenden keine Bestimmung trifft. Wie finden sich die Vertragstheoretiker mit dieser Tatsache ab? Sie legen ganz besonderes Gewicht auf die Aushändigung der Anstellungsurkunde; diese bringe den Vertrag zustande, und nur dadurch, daß der Anzustellende diese vorbehaltlos annehme, gäbe er den Konsens zum Vertrage. „Erst mit der Anstellung und der Annahme der Bestallung wird der Vertrag perfekt.“ [2]) Dem ist entgegenzuhalten, daß die Aushändigung nur gleichbedeutend mit der Zustellung ist, und diese erfolgt „nach den allgemeinen Regeln über die Insinuation obrigkeitlicher Verfügungen“.[3]) Demnach ist es aber möglich, daß die Bestallungsurkunde auch an Hausgenossen, Dienstboten oder Polizeibehörden usw. zur weiteren Übermittelung an den Empfänger ausgehändigt und dadurch schon das Beamtenverhältnis begründet wird. Da jedoch nach Ansicht der Gegner vorbehaltslose Annahme dazu nötig ist, der Ernannte seine Willenserklärung aber durch konkludente Handlungen gar nicht abgeben

---

[2]) Laband S. 424.

[3]) Laband, Arch. S. 153 Anm. 4.

konnte, so müßte entweder die Zustellung ohne rechtliche Wirkung sein, oder der Vertrag müßte erst entstehen, wenn der Beamte die Bestallungsurkunde in die Hände bekommt. Tatsächlich ist aber das Staatsdienstverhältnis im Augenblick rechtswirksamer Zustellung begründet, gleichgültig, ob der Beamte sich dazu geäußert hat oder nicht. Wenn aber die Willenserklärung der einen Partei allein den Vertrag schon zustande bringt, so ist er eben kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, bei Begründung des Staatsverhältnisses ein einseitiger Verwaltungsakt, eine Verfügung. O. Mayer[4]) führt noch ein anderes Argument für die Richtigkeit unserer Anschauung an:

Nach der gegenteiligen Ansicht wird die Ernennung der Beamten sofort unwirksam, wenn er die Bestallungsurkunde zurückweist. Der Ernannte erwirbt jedoch Beamteneigenschaft nach Ausfertigung der Urkunde und behält sie so lange, bis er bewirkt, daß die Ernennung zurückgenommen wird, er kann nicht einfach ablehnen, sondern er muß anfechten.[5])

Wir kommen demnach zu dem Resultat, daß die Begründung des Staatsdienstverhältnisses durch Vertrag auch aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu schließen ist.

Für uns kommt das Rechtsgeschäft, durch welches das Staatsdienstverhältnis begründet wird, im Moment der Bestallungsaushändigung zustande. Die Bestallung

[4]) O. Mayer, Arch. S. 63.

[5]) O. Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 222.

ist die Ausfertigung der das Staatsverhältnis begründenden Verfügung, die lediglich die Entscheidung über das Vorhandensein ihrer Voraussetzungen enthält, vor allem die Präsumption der Einwilligung des Ernannten. In Kraft tritt diese Verfügung durch rechtswirksam erfolgte Zustellung.[6])

Auch die äußere Form der Verfügung, durch die das Staatsdienstverhältnis begründet werden soll, läßt nicht auf Vertragsnatur im gegnerischen Sinne schließen. Eine Bestallungsurkunde hat z. B. folgenden Wortlaut:

„Wir Friedrich August, von Gottes Gnaden König von Sachsen usw. usw. usw. fügen hiermit zu wissen, daß Wir den seitherigen Assessor bei dem Amtsgerichte X. N. N., geboren am . . . in . . . und seit dem . . . im Staatsdienste, vom . . . an zum Amtsrichter bei dem Amtsgerichte X. ernannt haben. Urkundlich haben wir gegenwärtiges Bestallungsdekret unter Unsrer eigenen Vollziehung ausfertigen und mit dem Königlichen Siegel bedrücken lassen. Dresden, den . . . Unterschrift".

Ähnlich lauten auch die entsprechenden Bestallungsurkunden der Behörden, die kraft Delegation Beamte ernennen. Diese äußere Form deutet in keiner Weise das Bestehen oder Hervorbringen eines Vertrags an. Sie stellt lediglich eine Willenserklärung der ernennenden Behörde dar, die die Begründung von Rechten und Pflichten zum Inhalte hat. Nichts weist aber darauf

---

[6]) O. Mayer, Arch. S. 61.

hin, daß erst die Einwilligung des Ernannten ihr rechtliche Wirkungen beilegt, sie wirkt ausschließlich durch sich selbst und hat ohne weiteres alle Folgen, die die öffentliche Rechtsordnung an sie geknüpft hat.

Die Äußerlichkeit ist zwar nach den eingangs erwähnten Gründen für die Richtigkeit unserer Behauptungen nicht allein und selbständig entscheidend, allein es läßt sich aus ihr zum mindesten kein Grund gegen unsere Ansicht herleiten.

§ 12.

Ergibt sich aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses ein Vertrag?

Aus drei weiteren Gründen glauben die Gegner in der Begründung des Staatsdienstverhältnisses einen Vertrag erblicken zu müssen, u. E. mit Unrecht.

1. Laband behauptet das Vorhandensein eines Vertrags, weil der Beamte in der Regel das Recht auf Gewährung des Unterhalts durch den Staat erlange.[1]) Dieses wird jedoch durch den einseitigen Willen des Staates gewährt, denn einmal kann die Staatsgewalt den Betrag der Besoldung frei nach Gutdünken festsetzen, andererseits erfolgen Gehaltsänderungen durch Gesetz, niemals hat aber der Beamte dabei Bestimmungen zu treffen.[2])

[1]) Laband Bd. 1 S. 464.

[2]) vgl. O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 249ff.; Jellinek S. 212ff.

2. Jellinek[3]) schließt auf Vertragsnatur, weil der Staat durch das Staatsdienstverhältnis die Pflicht zu Treue und Hingabe begründe, diese aber niemals erzwungen werden könnten, weil sie auf ethischer Basis beruhen. O. Mayer[4]) betont demgegenüber mit Recht, daß das moralische Element bei der Frage nach der juristischen Natur des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts vollkommen unberücksichtigt bleiben muß, der Beamte hat vor allem Dienst zu leisten und erst in zweiter Linie die moralischen Pflichten. Überdies bemerkt Tezner, daß auch der Soldat verpflichtet sei, „Treue und Hingebung bis zur Selbstaufopferung zu üben", und dennoch beruhe seine Dienstpflicht einzig und allein auf der allgemeinen Untertanenpflicht.[5])

3. Von den Gegnern wird weiterhin angeführt, die Begründung des Staatsdienstverhältnisses erfolge durch Vertrag, da es im Belieben des Beamten stehe, das Dienstverhältnis jederzeit zu beenden. Dessen Rücktrittsrecht bedeutet jedoch nur den Anspruch auf die behördliche Tätigkeit, ihn zu entlassen. Der Wille des Staates gibt den Ausschlag, verfügt dieser die Entlassung nicht, so bleibt der Beamte in seinem Dienstverhältnis, ohne Rücksicht auf etwaiges Anrecht gegen den Beamten, bis zum amtlichen Erlaß des Entlassungsaktes. Die autori-

---

[3]) Jellinek S. 211.

[4]) O. Mayer, Arch. S. 54.

[5]) Tezner S. 171.

tative Zwangsgewalt des Staates zeigt sich hier wiederum deutlich.[6])

§ 13.

Die rechtliche Natur der Verleihung eines Reichsamtes.

Reichsamt ist nach § 4 unserer Darstellung ein Kreis von Geschäften des Reichs, die mit öffentlicher Dienstpflicht besorgt werden. Weiterhin haben wir ausgeführt, daß die Anstellung im Staatsdienst in der Regel zum Zwecke der Übertragung eines Amtes geschieht, aber die Anstellung im Staatsdienst nicht die Übertragung eines Amtes selbst ist, sondern beide in Wirklichkeit grundverschiedene Rechtsinstitute sind. Ebenso wie sie selbst sind auch ihre Begründungsakte scharf auseinanderzuhalten. Das Staatsdienstverhältnis entsteht nach unserer Ansicht durch einseitige Verfügung, „durch öffentlichrechtlichen Vertrag", lediglich dadurch wird die Beamteneigenschaft begründet ohne Rücksicht darauf, ob dem Ernannten ein Amt übertragen ist oder nicht. Das Staatsamtsverhältnis wird erst durch einen besonderen Akt hervorgerufen, durch die Übertragung (Verleihung) eines Amtes, durch sie wird die Dienstpflicht zur Amtspflicht.[1]) Mit der Anstellung hat der Beamte nur die

[6]) vgl. O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 231; Jellinek S. 213.

[1]) O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 224.

Verpflichtung übernommen, seine Kräfte der Staatsgewalt zur sofortigen Verfügung zu stellen, er muß stets des Dienstbefehls des Staates gewärtig sein, der über seine Arbeitskraft verfügt. Die Dienstpflicht äußert sich schon in der Übertragung eines Amtes. In der Regel wird der Staat die Anstellung des Beamten und die Übertragung eines Amtes auf diesen gleichzeitig verfügen, sie werden zu einem Akte verbunden, wie es besonders bei der Ernennung der Ehrenbeamten geschieht. Dabei kommt ihnen die Gleichartigkeit ihres Wesens zustatten. Denn ebenso wie der „öffentlichrechtliche Vertrag" ist auch die Übertragung des Amtes ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine wirklich staatliche Verfügung. Auch die beiden bedeutendsten Vertreter der Vertragstheorie, Laband[2]) und Jellinek,[3]) bestreiten dies für die Übertragung eines Amtes nicht. Diese ist somit eine einseitige Verfügung der Staatsgewalt, im Reiche des verfassungsmäßig berufenen Organs, des Kaisers.

Rehm[4]) weist darauf hin, daß auch in der Praxis dieser Unterschied zwischen den Begründungsakten beider Rechtsverhältnisse deutlich bemerkbar ist, nämlich in dem Wortlaut der Bestallungsurkunden. Der Herrscher ernennt den Beamten in einem bestimmten Funktionszweige und

---

[2]) Laband S. 421.
[3]) Jellinek S. 212.
[4]) Rehm II S. 140ff.

verfügt dann weiter die Übertragung des einzelnen Amtes durch die untergeordnete Behörde.

Wir haben somit festzuhalten, daß die Verleihung eines Reichsamtes nicht mit der Anstellung im Reichsstaatsdienste identisch ist, es liegen vielmehr zwei verschiedene Rechtsinstitute vor, die aber beide ihrer juristischen Natur nach gleichartig sind, denn beide beruhen auf einem einseitigen Akte der Staatsgewalt, der Verfügung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.